



ע"פ 8579/20 - פלוני נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 8579/20

לפני: כבוד המשנה לנשיאה נ' הנדל
כבוד השופט ג' קרא
כבוד השופטת י' וילנר

המערער: פלוני

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי באר
שבע מיום 28.10.2020 בתפ"ח 19166-09-18
שניתן על ידי כבוד סגן הנשיאה נ' זלוצ'ובר והשופטים
ש' פרידלנדר וד' כהן

תאריך הישיבה: כ"ח בחשון התשפ"ב (03.11.2021)

בשם המערער: עו"ד ענת קירשנברג; עו"ד אריה צוק

בשם המשיבה: עו"ד אופיר ביתן

פסק-דין



המשנה לנשיאה נ' הנדל:

מונח לפנינו ערעור על הכרעת דינו וגזר דינו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע (כב' סגן הנשיאה נ' זלוצ'ובר, והשופטים ש' פרידלנדר ו-ד' כהן, תפ"ח 18-09-19166), לפיה, לאחר שמיעת ראיות, הורשע המערער בשתי עבירות של מעשה מגונה בבן משפחה, על פי סעיף 351(ג)(2) שבנסיונות סעיפים 345(ב)(1) ו-345(א)(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977. בית המשפט המחוזי גזר על המערער עונש של 12 חודשי מאסר בפועל, מאסר על תנאי, ופיצוי בסך של 35,000 ש"ח.

1. על פי האישום הראשון, בקיץ של שנת 2014 או 2015, במועד שאינו ידוע למאשימה, שהתה נכדתו של המערער - ילידת שנת 2005 (להלן: קטינה 1), בביתו של המערער, יליד שנת 1951, ובברירת השחייה שצמודה לבית יחד עם קרובי משפחה נוספים. בשלב מסוים נכנסה קטינה 1 לביתו בעת ששאר קרובי משפחתם נותרו בברכה. המערער התקרב לקטינה 1 ונעמד כשפניו צמודים לפניה. קטינה 1 נרתעה לאחור והתיישרה על מיטה שהייתה בסמוך, והמערער התיישב עליה כשרגליו משני צידי גופה. שוב נרתעה קטינה 1 ונשכבה לאחור. אז המערער נשכב עליה, ליטף ונישק את לחיה ואת פיה, לאחר שאמר לה כי כך הוא עושה לבנות דודותיה הקטנות וכי מותר לו לנשק אותה בלחיה אך לא בפיה. לאחר מכן התגלגל למיטה ונשכב על צידו כשהוא פונה אל קטינה 1 ומחייך.

על פי האישום השני, ביום 3.2.2017, במהלך ארוחת שבת משפחתית, ליטף המערער עם רגלו את רגלה של נכדתו, ילידת שנת 2001 (להלן: קטינה 2, היא אחותה של קטינה 1). זאת בעת שהמשפחה ישבה סביב השולחן - המערער בראש השולחן וקטינה 2 מצדו השמאלי. המערער חזר על מעשיו מספר פעמים גם לאחר שקטינה 2 הזיזה את רגלה, עד אשר נאלצה להסב את כל פלג גופה התחתון הרחק ממנו כדי שיחדול.

קטינה 1 נחקרה על ידי חוקרת ילדים, אשר אסרה על העדתה בבית משפט. תחת זאת, העידה חוקרת הילדים בעצמה והוגשו תיעודי החקירה ותמלולה. קטינה 2 מסרה את עדותה בבית המשפט הן בהתייחס לאישום השני והן בהתייחס לחשיפת שני האירועים. מעדותן של הקטינות עולה כי האירועים המתוארים נחשפו במהלך שבת משפחתית בשנת 2017, כאשר השתיים שוחחו על הטרדות מיניות שחוו, הבינו שהן מדברות על אותו אדם שפגע בהן, ובאותו הזמן חשפו את זהותו של האדם ואמרו "סבא". בסמוך שיתפו את אימן באירועים. בנוסף, נמסרו לבית המשפט דו"ח, תקליטור ותמלול של עימות שנערך בין קטינה 2 לבין המערער.

עוד העידה המשיבה את קטינה 3, אחותן של המתלוננות (להלן: קטינה 3), אשר נחקרה על ידי חוקרת ילדים וכן העידה בעצמה בבית המשפט בהיותה בת 15. אודות האישום הראשון העידה קטינה 3 כי ביום האירוע וכאשר קטינה 1 חזרה מהבית לברכה, היא אמרה כי "סבא מתנהג מוזר", וקטינה 3 השיבה "כן, שמת לי", אך אמרה לקטינה 1 כי דיברו בזמן אחר מאחר והן עם בנות הדודות. בהמשך, השתיים שוחחו בדירת דודתן ושתייהן בכו, עד אשר נכנסה דודתן לחדר. קטינה 3 ציינה כי היא אינה זוכרת על מה דיברו ומי בכתה ראשונה, בעוד היא עצמה בכתה בשל אירוע אחר שהתרחש עם סבתה.

המערער מצדו הכחיש את ביצוע המעשים הן בחקירה והן בפני בית המשפט. ככלל, המערער טען כי אינו יודע מדוע שנכדותיו יספרו דברים כאלו אם אין בהם אמת, והעלה את האפשרות שהתלוננות מקורן בסכסוך כספי עם אימן



של הקטינות. ביחס לאישום השניהמערער העלה את האפשרות כי הזיז את רגלו בלא תשומת לב.

2. בית המשפט המחוזי הרשיע את המערער בשני האישומים. ההרשעה התבססה על עדויות הקטינות, אשר נמצאו מהימנות, בניגוד לגרסתו של המערער והכחשתו הגורפת אשר נקבע כי לא היה בהן כדי לעורר ספק סביר באשמתו.

בהתייחסו לאישום השני, בית המשפט התרשם כי קטינה 2 מסרה בעדותה, כמו גם בעימות שנערך עם המערער, פרטים מדויקים וגרסה אמינה. מאחר שעדות המתלוננת 2 אינה טעונה סיוע, בית המשפט נימק כי עדותה מספיקה להרשעה. לצד זאת צוין כי חשיפת האירוע בפני האם מיד לאחר המעשה, והחשיפה הסימולטנית בשיחה עם קטינה 1, מהווים חיזוקים לגרסתה של קטינה 2.

בהתייחסו לאישום הראשון, בית המשפט מצא כי עדותה של קטינה 1 בפני חוקרת הילדים, כפי שניתן היה להתרשם ממנה מצפיה בתקליטור התייעוד, הותירה רושם חזק בדבר מהימנות גרסתה. בהקשר זה הודגש כי תיאורי קטינה 1 כוללים פירוט וניכר ניסיונה לדייק בתיאור האירוע. לצד זאת, מחמת הספק שהביעה קטינה 1 בעצמה, נקבע כי לא הוכח מעבר לספק סביר מגע בישבן.

מאחר שעדותה של קטינה 1 ניתנה בפני חוקרת הילדים ולא בבית משפט, הכרעת הדין התייחסה לסיוע הנדרש לראייה זו, וקבע כי ניתן למצוא סיוע לגרסת קטינה 1 במספר הקשרים. נקבע כי עדות קטינה 2 בדבר הפגיעה בה על ידי המערער, היא משום עדות על "מעשים דומים", המהווה סיוע לדברי קטינה 1. בנוסף, בית המשפט קבע כי עדותה המהימנה של קטינה 3 לפיה קטינה 1 אמרה שהמערער "מתנהג מוזר" ובכתה בסמוך לאירוע, מהווה חיזוק לגרסת קטינה 1.

3. בגזר הדין נקבע מתחם ענישה אחד לשני האישומים, העומד על 9 עד 24 חודשי מאסר בפועל. בית המשפט המחוזי הטעים כי הגם שהמעשים המיניים אינם מהחמורים, החומרה היתרה נגזרת מזהות הקורבנות - נכדותיו של המערער. לצד זאת, נקבע כי יש מקום להתחשב בנסיבותיו האישיות של המערער ובעמדת הקורבנות כטעמים מיוחדים המצדיקים חריגה לקולא מהעונש המזערי של 15 חודשים הקבוע בחוק. על כן בית המשפט גזר על הנאשם 12 חודשי מאסר בפועל, 18 חודשי מאסר מותנים, ופיצוי בסך 25,000 ₪ לקטינה 1, ו-10,000 ₪ לקטינה 2.

טענות הצדדים

4. הערעור מופנה כנגד הכרעת הדין וגזר הדין. באשר לאישום הראשון, המערער טוען כי הראיות שהובאו כסיוע לעדות קטינה 1 אינן עומדות בדרישות לראיית סיוע. לשיטתו לא הונחה תשתית למצב נפשי ניכר של קטינה 1, ולא ניתן להסתפק באמירתה היחידה "סבא התנהג מוזר", או בבכי אשר מקורו אינו ברור. כמו כן, נטען כי אין בעדות קטינה 2 אודות האישום השני כדי להוות סיוע בדמות "מעשים דומים". מודגש כי השימוש ב"מעשים דומים" כראיית סיוע ייעשה במקרים חריגים, וכי במקרה דנן ישנה שונות משמעותית בין המקרים. כמו כן, נטען כי בית המשפט לא נתן משקל לכך שהקטינות שיתפו זו את זו עובר לחקירה.



באשר לאישום השני, המערער טוען כי בית משפט קמא שגה בהרשעתו בהסתמך על עדותה היחידה של קטינה 2. המערער מדגיש בהקשר זה כי קטינה 2 לא ראתה את רגליו בעת המעשה ומבססת את גרסתה על העובדה שהרגישה מכנסיים של גבר. עוד נטען כי בית משפט שגה משלא דן בשאלת קיומו של היסוד הנפשי הדרוש להרשעה ומשדחה את האפשרות כי המגע נעשה באופן לא מכוון ובאקראי.

לעניין חומרת העונש, המערער טוען כי בית המשפט לא נתן משקל מספק לנסיבות המקרה ולרף הנמוך של חומרת המעשים המיניים בקביעת מתחם הענישה. כמו כן, נטען כי לא ניתן משקל מספק לנתוני האישיים בקביעת העונש.

5. המשיבה מנגד טוענת כי הערעור מופנה בעיקרו נגד ממצאי מהימנות ועובדה, ומדגישה את המהימנות הגבוהה שייחס בית משפט קמא לעדויות הקטניות. לעניין הסיוע הנדרש לעדותה של קטינה 1, נטען כי נוכח מהימנותה הגבוהה של העדות בפני חוקרת הילדים, ניתן להסתפק בראיית סיוע שמשקלה מועט באופן יחסי, וכי ניתן להסתמך על מספר ראיות אשר בהצטברותן יחד הינן בעלות משקל מספק. המשיבה סומכת ידה על קביעות בית משפט קמא ומדגישה שתי ראיות מרכזיות כסיוע: האחת, האמירה "סבא מתנהג מוזר"; השנייה, עדותה של קטינה 2 כסיוע במובן של "מעשים דומים", תוך שנטען כי די בדמיון כללי.

בהתייחס לטענות המערער לגבי האישום השני, המשיבה עומדת על כך שבית המשפט התרשם באופן בלתי אמצעי מעדותה של קטינה 2 ודי בעדות מהימנה זו. לעניין היסוד הנפשי של המערער, המשיבה מדגישה כי לא נדרשת בהכרח התנהגות בעלת אופי מיני בולט, כאשר נסיבות הביצוע - נגיעות חוזרות על אף ניסיונות של קטינה להתרחק, מלמדות על כוונתו המינית של המערער.

בהתייחס לערעור על חומרת העונש, המשיבה סבורה כי מדובר בעונש הולם, אשר אף נוטה לקולא וחורג מעונש המינימום הקבוע בחוק.

דין והכרעה

6. תחילה נתייחס לאישום השני בו הורשע המערער. בית המשפט המחוזי ביסס את הרשעתו של המערער באישום זה על מהימנות עדותה של קטינה 2 אשר אינה טעונה סיוע, וממנה התרשם בית משפט באופן ישיר ובלתי אמצעי. קטינה 2 נתנה עדות מפורטת ובניגוד לטענות המערער בית משפט קמא דחה את האפשרות כי מדובר במגע אקראי והתייחס לכוונה המינית שמאחורי המעשה. קטינה 2 העידה כי הרגישה במהלך הארוחה רגל "מלטפת" את רגלה בתנועה עולה ויורדת, ותיארה את הניסיונות שלה להתחמק מהמגע בעוד המערער לא חדל ממעשיו. נוכח תיאור זה הכוונה המינית אכן נלמדת מהנסיבות. מעשים חוזרים ועיקשים כאלו של סב כלפי נכדתו אינם מתרחשים בטעות ולא ניתן למסגרם כמגע אקראי (ראו והשוו: ע"פ 4125/20 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 33 (14.9.2021)).

כמו כן, קטינה 2 הסבירה כי על אף שלא הסתכלה מתחת לשולחן אין אפשרות שמדובר באדם באחר מלבד המערער, שכן הרגישה מכנסיים של גבר, ואביה ישב רחוק מדי. בית משפט קמא נימק וקבע בהקשר זה, כעניין שבעובדה - ויש הגיון בכך - כי סדר הישיבה בשולחן מוביל למסקנה כי היה זה המערער שחיך את רגלו ברגלה.



בנוסף, יודגש כי בניגוד לטענת המערער, העובדה שקטינה 3 לא שמה לב להתרחשות בעת הארוחה על אף שהיא יושבה באותו שולחן אינה מלמדת דבר. שכן המעשים בוצעו בהיחבא מתחת לשולחן. ככלל, מקרים שונים של פגיעה מינית בתוך המשפחה עשויים להתרחש "מתחת לאפם" של בני משפחה אחרים ואין מדובר במאפיין יוצא דופן אשר יש בו כדי לפגום באמינות גרסת קטינה 2. בית המשפט המחוזי אך קבע כי אין לתת אמון בגרסת המערער.

על כן, לא מצאתי בטענותיו של המערער ביחס לאישום השני עילה משפטית העשויה להצדיק התערבות בממצאי עובדה ומהימנות שקבעה הערכאה הדיונית, ואציע לחברי לדחות את הערעור לעניין אישום זה.

7. עתה נעבור לדון באישום הראשון, אשר הערעור לגביו למעשה אינו נוגע לממצאים שבעובדה ובמהימנות, אלא מעורר שאלות משפטיות אודות דרישת הסיוע לעדות קטין אשר ניתנה בפני חוקר ילדים.

בפתח הדברים נשוב ונזכיר כי ההרשעה באישום זה נסמכה על עדותה של קטינה 1, אשר העידה בפני חוקרת ילדים ולא בבית המשפט. לעניין זה קובע סעיף 11 לחוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים), התשט"ו-1956, כי לא ניתן להרשיע אדם על סמך עדות קטין שתועדה באמצעות חוקר ילדים, אלא אם ישנו סיוע בראיה אחרת.

דרישת הסיוע במקרים אלו נועדה למלא את החסר במסד הראייתי שנוצר בעקבות קבלתה של הודעה שניתנה רק מחוץ לכותלי בית משפט - בפני חוקרת ילדים, כראיה מרשיעה. במצב דברים כזה עולים שני קשיים מהותיים: ראשית, בית המשפט לא יכול להתרשם מהעדויות באופן ישיר ובלתי אמצעי. שנית ועיקר, להגנה אין אפשרות לקיים חקירה נגדית מטעמה ולבחון את עדות המתלוננת, ומדובר בכלי המרכזי העומד לסנגור בהגנה על נאשם. כפי שהדגשתי במקום אחר:

"בשיטה האדברסרית, כלי החפירה היעיל ביותר הוא החקירה הנגדית. טול מהערכאה הדיונית השומעת ראיות בנושא השנוי במחלוקת בין הצדדים את החקירה הנגדית, ונטלת ממנה את אבן הבוחן הטובה ביותר המסייעת לה להגיע לחקר האמת" (ע"פ 6001/12 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 7 לחוות דעתי וההפניות שם (12.5.2013)).

הדרישה בחוק לראיית סיוע נועדה לגשר על חסרונות אלו, למזער את הסיכון להרשעת חף מפשע ולכונן ביטחון בהרשעה. ראו דבריו של השופט א' ריבלין בעניין זה:

"הרשעה על סמך עדותו של ילד בפני חוקר ילדים טעונה סיוע (סעיף 11 לחוק הגנת ילדים). דרישה זו היא בבחינת שובר הקבוע בצד ההקלה הראייתית הקבועה בחוק הגנת ילדים: מחד גיסא, מכשיר החוק את עדות הילד שנגבתה על-ידי חוקר הילדים, כחריג לכלל הפוסל עדות שמיעה, תוך פגיעה בזכותו של הנאשם לעמוד מול מאשימו ותוך סטייה מן התפיסה הרואה חשיבות רבה בקיום חקירה נגדית של עד כאמצעי לגילוי האמת. מאידך גיסא, מבטיח החוק כי לא יורשע אדם על יסוד עדות שנגבתה על-ידי חוקר ילדים, אלא אם נמצא לה בחומר הראיות סיוע" (ע"פ 446/02 מדינת ישראל נ' קובי, פ"ד נז(3) 783, 769 (2002)).

על כן, בית משפט זה חזר לא פעם על כך שמדובר בדרישה מהותית לסיוע ולא בדרישה טכנית גרידא (ראו למשל: ע"פ 4721/99 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נ"ה(1) 696, 684 (1999) (להלן: ע"פ 4721/99); וע"פ 4447/20 פלוני נ' 5



מדינת ישראל (10.1.2022) (להלן: ע"פ 4447/20).

8. באשר לטיבה של ראיית הסיוע, הלכה פסוקה היא כי על הראיה לעמוד בשלושה תנאים מצטברים: היא צריכה לבוא ממקור עצמאי ונפרד; היא צריכה לנטות לסבך את הנאשם בביצוע העבירה; והיא צריכה לגעת בנקודה ממשית השנויה במחלוקת. ביחס לחזית המחלוקת הודגש כי ככל שהכחשתו של הנאשם היא כללית, היקפה של ראיית הסיוע הנדרשת יכולה להיות מצומצמת יותר (ראו למשל: ע"פ 387/83 מדינת ישראל נ' יהודאי, פ"ד לט(4) 197, 204 (1985); ע"פ 8631/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 8 (10.3.2016)(להלן: ע"פ 8631/13)). מצומצמת אך לא מיותרת.

אכן, כפי שטענה המשיבה, המשקל הראייתי של הסיוע עשוי להשתנות בהתאם לטיבה הראייתי של העדות הטעונה סיוע, ועומד ביחס הפוך אליה. כך שכל שניתן לעדות העיקרית משקל רב יותר, ניתן להסתפק בראיית סיוע שמשקלה מועט יותר. אולם, גם בהינתן אמון רב שניתן בעדות הטעונה סיוע, לא ניתן לפסוח על דרישת החוק לראיית סיוע, אשר צריכה לעמוד בתנאים כאמור (ראו והשוו: ע"פ 9608/11 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 12 (7.7.2014)).

דרישת הסיוע כמוה כשיח בין המחוקק לבין השופט המכריע את הדין. הראשון אומר לשני - דע לך כי גם אם מוענק משקל רב לעדות העיקרית, ולהערכתך ניתן להסתפק בה, אין לך שיקול דעת להרשיע ללא סיוע. זו איננה דרישה כללית אלא דרישה הקיימת במקרים מסוימים בהם קשה כעניין של מדיניות ודין להצדיק הרשעה על סמך העדות העיקרית הטעונה סיוע. מקרנו דוגמא מובהקת לכך, העד העיקרי לא עבר כאמור את המנגנון של החקירה הנגדית שכה חיוני לקביעת ממצאים עובדתיים.

9. המשיבה, כפי שצוין, ממקדת טענותיה בשתי ראיות מרכזיות המהוות לשיטתה סיוע, ושעמדו בבסיס הכרעת בית המשפט המחוזי. האחת אמירתה של קטינה 1 לאחותה, קטינה 3, כי "סבא מתנהג מוזר", והשנייה עדותה של קטינה 2 המשמשת כסיוע בדמות "מעשים דומים".

באשר לאמירה "סבא מתנהג מוזר", נראה כי אמירה זו אינה עומדת בדרישות ראיית סיוע. אמירה זו אינה ראיה המסבכת את המערער בביצוע המעשה, שכן מדובר בהתבטאות של קטינה 1 עצמה, אשר עשויות להיות לה משמעויות שונות שלא בוררו. כך למשל, קטינה 3 הגיבה לאמירה זו כי היא גם שמה לב להתנהגות המוזרה של הסב. אולם בשלב זה קטינה 3 כלל לא ידעה אודות האירוע הנטען ולא ראתה את הסב לאחר המעשה, דבר המלמד כי התייחסות כזו להתנהגות הסב עשויה הייתה לעלות בהקשרים שונים. כמו כן, בניגוד לנטען על ידי המשיבה, נראה כי גם בית משפט קמא התייחס בסופו של דבר לאמירה זו כ"ראיית חיזוק" ולא סיוע (פסקה 86 להכרעת הדין).

10. הראיה השנייה היא עדות קטינה 2 כסיוע לעדות קטינה 1. אכן, הלכה פסוקה היא כי במקרים של עבירות מין בקטינים, עדות אמינה של מתלונן אחר בדבר מעשים דומים שביצע בו הנאשם, יכולה לשמש כסיוע לעדות קטין אשר ניתנה בפני חוקר ילדים והטעונה סיוע (ראו למשל: ע"פ 4009/90 פ"ד מ"ז(1) 292 (1993) (להלן: ע"פ 4009/90), בו נקבעה למעשה הלכה זו בדעת הרוב; וכן ע"פ 7508/10 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 21 (27.08.2012); וע"פ 4583/13 סך נ' מדינת ישראל, פסקה 54 (21.9.2015) (להלן: עניין סך)).



עדות אודות "מעשים דומים" בהליך הפלילי הינה חריג לכלל לפיו אין מציגים בפני בית המשפט את עברו הפלילי של נאשם, נוכח החשש להתגבשות דעה מוקדמת אודות הנאשם, ומהווה סייג לכלל לפיו יש לבחון כל מקרה עבירה על פי נסיבותיו הוא. על כן נקבע כי ממילא יש להתייחס לראייה כזו בזהירות הנדרשת. בנוסף, ככלל, שימוש ב"מעשים דומים" כראייה נועד לשלול טענה של נאשם בדבר העדר כוונה פלילית לצורך הוכחת היסוד הנפשי שבעבירה, ולא להוכחת העובדה כי המעשה בוצע והנאשם הוא המבצע (ראו: יעקב קדמי על הראיות חלק ראשון 257 (2009) (להלן: קדמי); ע"פ 9657/05 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקאות 22-23 (9.3.2009)). בעוד האפשרות למצוא בעדות של מתלוננת אחרת סיוע לביסוס עצם עובדת הביצוע מהווה חריג, אשר נקבע לגביו כי השימוש בו ייעשה בהתקיימן של נסיבות מיוחדות בלבד, בעבירות מין. כפי שהדגיש השופט א' גולדברג:

"שימוש שכזה בעדותו של קטין אחר כראייה מסייעת אכן יהווה חריג, שיש להפעילו בנסיבות מיוחדות בלבד, לאחר שבית המשפט קבע את הערך ההוכחתי הגבוה של העדויות ושלל חשש לשיתוף פעולה בין המתלוננים וניסיון לרקום עלילת שווא כנגד הנאשם [...] וזאת בצד הדמיון בטיבם של המעשים ונסיבותיהם" (ע"פ 4009/90 בעמ' 306).

יצוין כי השופט א' מצא בעמדת המיעוט שם סבר כי אין מקום להשתמש בעדות על מעשים דומים כראייה מסייעת להוכחת הביצוע או זהות המבצע (לעמדה זו ראו גם חוות דעתו של השופט י' קדמי בע"פ 595/95 קריספין נ' מדינת ישראל (14.7.1996). אולם גישתו של השופט גולדברג התקבלה להלכה, תוך הדגשת היות כלי זה חריג (ראו למשל: ע"פ 4721/99, בעמ' 696-698; ע"פ 7792/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 66 (28.9.2016); ע"פ 8631/13, בפסקה 10; קדמי, בעמ' 297)).

11. אחת הסוגיות העולות בהקשר זה היא מידת הדמיון הנדרשת כך שעדות אודות מעשים אחרים תשמש כסיוע. כאשר מתקיים דמיון מובהק ושיטת פעולה דומה, ברי כי פשוט יותר למצוא סיוע בעדות אחרת. כפי שהדגשתי במקרה אחר:

"ניתן ללמוד מהפסיקה שההכרה בסיוע של עדות אחת הטעונה סיוע עבור עדות אחרת שאף היא טעונה סיוע - סיוע הדדי - מתאימה במיוחד ובעוצמה רבה יותר אם מדובר ב"שיטה" ולא רק במעשים דומים (ע"פ 8631/13, בפסקה 10, והמקורות המובאים שם).

אך נקבע בפסיקה כי די גם בקווי דמיון כלליים בין המעשים, העשויים ללמד למשל על התנהגות של התעללות מינית בקטינות בנות משפחה (ראו למשל התייחסותי לגישה המרוככת, בפסקה 11 שם. וכן ראו: ע"פ 4721/99, בעמ' 696; ועניין סץ, בפסקה 54).

השופט א' שטיין התייחס לאחרונה לסוגיית הדמיון הדרוש, בכותבו כי:

"יכול הסיוע לבוא מתוך ראייה על "מעשים דומים" שביצע הנאשם [...] ובלבד שקיימים קווים דיסטינקטיוויים-מבדלים, ברורים ומובהקים, אשר יוצרים מכנה משותף בין נסיבותיו הייחודיות של המעשה המיני המיוחס לנאשם לבין המעשה עליו דיברה קטינה האחרת בהודעתה" (ע"פ 4447/20, בפסקה 10).



אולם אף מבלי להידרש להבחנה, או לטעמי ההרמוניה, בין קווי דמיון "ברורים ומובהקים" לבין "קווי דמיון כלליים", נראה כי לכל הדעות נדרש מכנה משותף - "דמיון בטיבם של המעשים ונסיבותיהם" (ע"פ 4009/90, בעמ' 306) - כך שעדות אחרת תעלה כדי ראייה בדבר "מעשים דומים". לכל הפחות, ניתן לומר כי מקום בו קיים שוני מהותי בין המעשים, קיימת משוכה גבוהה לראות בעדות האחרת כראייה מסייעת.

12. בעניינו, הדמיון בין המעשים חלש יחסית, ומסתכם בהיות הנפגעות נכדות המערער. אין בכך כדי לומר שאין בהתנהגות מינית פוגענית כלפי נכדות מן המשותף, אלא שבמקרה דנן קיים שוני מהותי בין המעשים הנטענים. האישום הראשון שונה מהאישום השני מבחינת טיב המעשים וחומרם - אשר בראשון כללו מגע בעל אופי מיני כופה אינטנסיבי ומתמשך, שכלל ישיבה ושכיבה מעל קטינה 1, נשיקות ומגע. בעוד האישום השני הנוגע לחיכוך רגלו של המערער ברגלה של קטינה 2 מתחת לשולחן, מדבר במעשים שעל אף חומרם העצמאית אינם דומים בטיבם ובנסיבותיהם. כמו כן, קיים שוני בין המעשים מבחינת מסגרת ביצועם ביחידות לעומת בנוכחת אנשים שונים במהלך ארוחת השבת; וגיל הנפגעות, כאשר קטינה 1 הייתה כבת 10 או 9 וקטינה 2 כבת 15. עוד יצוין כי האירועים לא נעשו בסמיכות אלא בהפרש של שנתיים-שלוש.

נשוב ונבהיר. אין באמור כדי להמעיט בפגיעה שנגרמה לקטינה 2 על ידי המערער - סבה. עם זאת, מעשה החיכוך של רגל ברגל מתחת לשולחן מאופיין בניסיון להסתיר את הכוונה המינית כאלו מדובר בסוג של אי הבנה. שונה הדברים לגבי המעשה הגלוי באישום הראשון שכולל כאמור דחיקה למיטה וישיבה ושכיבה מעל הנפגעת. אף זה מפחית מהדמיון בין שני המקרים.

בהקשר זה נראה שמה שבית המשפט המחוזי הגדיר כמאחד דווקא מבחין. כך התייחס בית המשפט לדמיון בין המעשים:

"ההתרשמות מן הראיות היא כי הנאשם ביצע עבירות מין בנכדות צעירות בסיטואציות דומות, תוך ניצול מצבים שניתן אחר כך להכחישם או לטעון לגביהם שהיו תמימים או נעשו במסווה של מקריות מגע או משחק או מגע של סב בנכדה כאשר המעשים אינם מהחמורים כדי להקל, במידת הצורך, על מתן הסבר תמים ולאפשר הכחשה בטענה של אי הבנה וכדי לעורר ספק בעניין זה גם אצל הקורבן בעצמה" (פסקה 79 להכרעת הדין).

לשיטתי, העולה מהעדות של קטינה 1 אינו מתאים לתיאור זה. את המעשים המתוארים באישום הראשון לא ניתן להסוות ב"מקריות של מגע", ומדובר במעשים שקשה מאד לתת להם "הסבר תמים". כאמור לעיל, בין האישומים יש הבדלים משמעותיים בהקשר זה ונראה שבית משפט קמא נמנע מלהידרש לכך באופן מספק.

13. יודגש - אין בטענה כי קיים הבדל בין המעשים כדי לפגום באמינות עדותה של קטינה 1, כהוא זה. אלא שיש בו כדי לעורר את השאלה האם אכן התקיימה הדרישה המשפטית של סיוע לעדותה בפני חוקרת הילדים, אשר בהעדרו לא ניתן להרשיע גם כאשר גרסת המתלוננת מהימנה. בהינתן השוני המהותי בין המעשים המתוארים בעדויות, נראה שעדות קטינה 2 אינה נוטה לסבך את המערער בביצוע המעשה גם כלפי קטינה 1, במובן שהיא מצביעה על אשמתו של המערער (עיינו: קדמי, בעמ' 265).



אודה כי שקלתי להעיר על כך שהגדרת עדות קטינה אחרת בדבר פגיעה מינית של אותו נאשם כ-"מעשים דומים", באופן שהפסיקה פירשה את המונח, הינה מינוח מטעה. זאת מאחר שמדובר בכלי המשמש לרוב להוכחת יסוד נפשי, ולא כסיוע להוכחת היסוד העובדתי (ראו פסקה 10 לעיל). אלא שבמחשבה נוספת נראה לי שהכותרת "מעשים דומים" לסיוע בעבירות מין מועילה, היות שהיא משקפת שלא די במתלוננת נוספת, אלא נדרש מעשה דומה. צא ולמד כי הדגש הוא על הדומה. זהו תנאי מהותי בדרישת הסיוע שאף היא דרישה מהותית.

14. נראה שהמשיבה מודעת לחולשה זו בראיית הסיוע ועל כן היא מבקשת להיבנות ממשקלן המצטבר של הראיות, אשר לטענתה עולות יחד כדי סיוע. אולם הגם שהפסיקה הכירה באפשרות להסתמך על מספר ראיות אשר בהצטרפן מהוות סיוע אחד עצמאי, דרישת הסיוע היא הכרחית ומהותית להרשעה ולא ניתן לוותר על הדרישה לראייה הממלאת את שלוש התנאים לקיומו של סיוע. בעניינו, כל אחת מן הראיות אינה עולה בעצמה כדי סיוע, ובניגוד לטענות המשיבה, האמירה "סבא התנהג מוזר" אינה מצטרפת כראיית סיוע ואינה יוצרת יחד עם עדות קטינה 2 "תמונה שלמה המאפשרת הכרעה" (ראו והשוו: ע"פ 1601/91 צרפתי נ' מדינת ישראל, מה(3) 408 (1991)).

נבהיר את הדברים. הכלל לפיו עדות של קטין בפני חוקרת ילדים טעון סיוע, קובע את התנאי להרשעה, ללא סיוע לא ניתן להרשיע. כך גם אם מעניקים משקל רב לעדות המתלוננת כבמקרה שלפנינו. ודוקו, הדין דורש סיוע ולא מספר חיזוקים. האחרונים אינם יכולים להוות תחליף לסיוע. נבהיר מתי מספר ראיות מהוות יחד סיוע דרך דוגמא: מקרה שבנסיבותיו מוסכם כי הימצאות הנאשם ברחוב שבו בוצעה העבירה בסמוך לשעת המעשה מהווה סיוע. במקרה כזה, ניתן להתבסס על יותר מראיה אחת, למשל על עדותם של שני עדים אשר שילובן מוכיח את מיקום הנאשם בשעה הרלוונטית מעל לספק סביר. עדויות אלה תיחשבנה בהצטרפן לסיוע ככל שבנסיבות התיק ובשים לב בין היתר לסלע המחלוקת, התמלאו במצבור שלוש הדרישות לסיוע. לעומת זאת, חיזוק פה וחיזוק שם, אינם מהווים יחד סיוע. בכגון דא, הכמות אינו תחליף לאיכות. יש לזכור שדרישת הסיוע היא דרישה מפורשת של המחוקק (סעיף 11 לחוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים), התשט"ו-1956).

לסיכום סוגיה זו: השימוש בעדות קטינה אחרת אודות מעשים דומים שעשה נאשם כסיוע, מהווה חריג אשר יש להפעילו בזהירות ובנסיבות מיוחדות. בעניינו, עדות קטינה 2, על אף אמינותה, אינה מצביעה על דפוס התנהגות ועל מעשים דומים של המערער בהתייחס לעדות קטינה 1. על כן, לא נמצא סיוע מהותי לעדותה של קטינה 1 בפני חוקרת הילדים. למעשה זהו המועמד היחיד של סיוע והוא אינו עומד בתנאים של תוספת ראייתית זו. סיוע הינה ראיה מסבכת שבאה ממקור חיצוני שאין מכוחה לבדה להרשיע, אבל יש לה תנאים משלה המבחינים אותה מ"דבר מה נוסף" ו"דבר לחיזוק" שהן תוספות מאמתות בלבד (ראו למשל: ע"פ 6813/16 נחמני נ' מדינת ישראל, פסקה 15 (17.9.2018)) משכך לא ניתן להרשיע את המערער באישום הראשון, הגם שחקירתה של קטינה 1 מעלה גרסה אמינה. בפנינו דוגמא לרגישות המשפט הפלילי לזכויות נאשמים ועמידה על דרישות המשפט הפלילי. לצד התכלית של "ובערת הרע מקרבך", דורש המשפט הפלילי הרשעה שהוכחה מעבר לספק סביר. כלל שבמקרים המתאימים בנוי על דרישה לתוספת ראייתית.

לפיכך הייתי מציע לחבריי כי הערעור יתקבל באופן חלקי, תוך השארת הרשעת המערער באישום השני וזיכויו מחמת הספק מהאישום הראשון. בנסיבות הייתי מורה על ביטול גזר הדין והחזרת הדיון לבית המשפט המחוזי לשם שמיעת טענות לעניין העונש. הייתי מציע לצדדים, ככל הניתן, להגיע להסדר בנושא העונש. בכל מקרה, בית משפט יקבע גזר דין על סמך הרשעתו של המערער באישום השני בלבד.



המשנה לנשיאה

השופטת י' וילנר:

אני מסכימה.

ש ו פ ט

השופט ג' קרא:

אני מסכים עם מסקנתו והנמקתו של חברי המשנה לנשיאה נ' הנדל.

הדמיון הדרוש במעשים דומים על מנת שישמשו כראיית סיוע צריך להיות דמיון מוחשי וממשי, ואין להסתפק בדמיון כללי גרידא.

"[אין] בנסיבות העניין קווים דיסטינקטיביים ברורים, שמצדיקים קבלת עדות שיטה. כוונתנו היא לתיאור המעשים בצורת הושבת הקטינות על ברכי המערער. לדרך זו אין הקווים המאפיינים מיוחדים, שיש בהם כדי להצביע על שיטה, וגם לא קווי הדמיון המוחשיים, הדרושים לפי המבחן החמור פחות, שנזכר בע"פ 679/78 [4] מפי כבוד השופטת בן-פורת (כתוארה אז) בעמ' 492, להבדיל מדמיון כללי גרידא, שאין לו משקל ראייתי" (ע"פ 40/85 דקל נ' מדינת ישראל, פ"ד לט(2) 652, 658 (1985)).

ש ו פ ט

אשר על כן, הוחלט כאמור בפסק דינו של המשנה לנשיאה נ' הנדל.

ניתן היום, כ"ו באדר ב' התשפ"ב (29.3.2022).



המשנה לנשיאה שופט שופט
